

# Das Schweizer Bankkündengeheimnis im Wandel – Totgesagte leben länger<sup>1</sup>

PD Dr. iur. Christoph Winzeler, LL.M., Advokat (Basel und Freiburg i.Ü.)

## 1. Vorbemerkungen

Totgesagte leben länger – auch das Schweizer Bankkündengeheimnis. Was

<sup>1</sup> Überarbeitete Fassung des Referats beim IBA Banking Law Regional Subcommittee Germany/Switzerland/Austria, 12. November 2010 in Wien. S. auch *meinen* Aufsatz: Rechtsentwicklungen um das Bankkündengeheimnis, in: AJP 19 (2010) 158–166 m.w.H.

<sup>2</sup> Ingress Ziff. 16–18 und Art. 8–9 Richtlinie 2003/48/EG des Rates vom 3. Juni 2003 im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen (Zinsbesteuerungsrichtlinie). Dazu: Bericht der Kommission vom 15. November 2008 an den Rat gemäss Art. 18 Zinsbesteuerungsrichtlinie; *Teodoro D. Cocca*, Szenarioanalyse: Bankgeheimnis und Schweizer Finanzplatz, Linz 2010; *Hansueli Schöchli*, Klumpenrisiko Bankgeheimnis, in: NZZ vom 21. Dezember 2010, 23.

<sup>3</sup> Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz vom 16. Dezember 2009, Bericht des Bundesrats in Beantwortung des Postulats Graber (09.3209), 56–58; *Schweiz. Bankiervereinigung (SBVg)*, Finanzplatzstrategie 2015, Basel 2001, 2.

<sup>4</sup> Art. 13 Abs. 2 i.V.m. 36 Abs. 3 BV.

<sup>5</sup> Zur Geschichte insgesamt: Botschaft vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, in: BBl 1970 I 1144–1203, insb. 1159–1164; *Aurélie Joyce Rappo*, Le secret bancaire, Bern 2002, 17–49; *Robert U. Vogler*, Das Bankgeheimnis – seine Genese im politisch-wirtschaftlichen Umfeld, in: Schweizer Monatshefte 80 (2000), Heft 3 37–43; *Ders.*, Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Zürich 2005; *Christoph Winzeler*, Amts- und Rechtshilfe im Finanzmarktbereich, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechtshilfe, St. Gallen 2005, 113–142.

heute von den Medien unter diesem Stichwort abgehandelt wird, ist die spektakuläre Ausnahme (s. hinten 4. b). Der *Normalfall* sieht anders und wesentlich unaufregter aus. Man muss auffallen (oder eine Bank haben, die auffällt), um das Interesse der Steuerfahndung zu wecken. Ein Problem ist freilich der von unseren Nachbarstaaten geschaffene Markt für illegal beschaffte Kundendaten (s. hinten 5). Er sollte mit rechtsstaatlichen Mitteln in den Griff zu bekommen sein. Grundlegend änderte sich die Lage nur, wenn die Schweiz nach EU-Vorbild den automatischen Informationsaustausch übernahm<sup>2</sup>. Das ist jedoch nicht vorgesehen<sup>3</sup> (s. hinten 6) und griffe unverhältnismässig in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein<sup>4</sup>.

Seit dem Ende des 2. Weltkriegs handelt im Übrigen die *Geschichte* des Schweizer Bankkündengeheimnisses weniger von seiner Begründung als von seiner Einschränkung und seinem Wandel<sup>5</sup>.

## 2. Begriff und Verfassungsbezug

«Bankgeheimnis» oder «Bankkündengeheimnis»<sup>6</sup> nennt sich der strafbewehrte *Datenschutz für die Kund-*

<sup>6</sup> Vom Gesetz als «Berufsgeheimnis» (Art. 47 Abs. 1 Bst. b BankG, Art. 43 Überschrift und Abs. 1 Bst. b BEHG) oder «Kündengeheimnis» (Art. 148 Abs. 1 Bst. k KAG) bezeichnet. Dazu, statt vieler: *Maurice Aubert/Pierre-*

*Der Autor beleuchtet Begriff und Rechtswirkung des Bankkündengeheimnisses und rekapituliert die Schlüsselereignisse in Zusammenhang mit dem Fall UBS, namentlich die Verfügung der FINMA, den BVG-Entscheid, die Übernahme der OECD-Standards sowie das Abkommen Schweiz-USA und dessen Genehmigung durch die Bundesversammlung. Er legt dar, warum das Schweizer Bankkündengeheimnis mit dem Entscheid der FINMA vom 18. Februar 2009 weder «geopfert» noch aufgegeben wurde. Nach wie vor entspreche das Bankkündengeheimnis dem gesetzlichen Datenschutz, der den verfassungsmässigen Privatsphärenschutz näher ausführt. Da das Bankkündengeheimnis nicht auf den Ausnahme-, sondern auf den Regelfall des Bankgeschäfts zugeschnitten sei, ändere sich an seinem Bestand auch nach den Ereignissen der vergangenen Jahre wenig.*

Zi.

*L'auteur met en exergue la notion et les conséquences juridiques du secret de la clientèle bancaire et récapitule les éléments-clés de l'affaire UBS, notamment la décision de la FINMA, le jugement du Tribunal administratif fédéral, la reprise des standards de l'OCDE, l'accord Suisse-USA et son approbation par l'Assemblée fédérale. Il expose pourquoi le secret de la clientèle bancaire n'a été ni «sacrié» ni abandonné par la décision de la FINMA du 18 février 2009. Le secret de la clientèle bancaire respecte toujours les exigences de la protection des données, qui concrétise la protection constitutionnelle de la sphère privée. Comme le secret de la clientèle bancaire n'est pas conçu comme une exception, mais comme la règle en matière de secret bancaire, sa substance n'a été que peu modifiée par les événements de ces dernières années.*

P.P.

schaft der Banken<sup>7</sup>. Seine dogmatischen Grundlagen sind im Persönlichkeits- und Vertrags-, im Bankenaufsichts- und auch im Verfassungsrecht zu finden. Die Bundesverfassung gewährleistet den Schutz der Privatsphäre<sup>8</sup>; ihn konkretisiert das Bankkündengeheimnis<sup>9</sup>. Seine ausdrückliche Nennung im Verfassungstext brächte mithin wenig. Denn auch ein so geschaffenes, besonderes Grundrecht könnte durch den Gesetzgeber im öffentlichen Interesse wieder eingeschränkt werden, soweit nicht die Verfassung selber das ausschliesse<sup>10</sup>. Entsprechende Bestrebungen sind offenkundig mehr politisch-symbolischer als juristischer Natur. Eine Volksinitiative mit diesem Ziel<sup>11</sup> scheiterte am 1. Oktober 2010 durch erfolglosen Ablauf der Frist zur Unterschriftensammlung<sup>12</sup>.

### 3. Auskunft in gerichtlichen Verfahren

Die Verfassung statuiert – als Regel – die *Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung*<sup>13</sup>. Nicht öffentlich sind Massnahmen der prozessualen Untersuchung oder internen Willensbildung, wie z.B. die Urteilsberatung<sup>14</sup>. In Grenzfällen ist das Bankkündengeheimnis eine Auslegungshilfe, etwa hinsichtlich unbetelligter Kundinnen und Kunden. Ein Mittel zu deren Schutz kann die Anonymisierung ihrer Namen sein. Allerdings gewährleistet die in der Verfassung als möglich erklärte Ausnahme «kein Recht auf Nichtöffentlichkeit»<sup>15</sup>.

Nach den neuen Prozessordnungen des Bundes (StPO und ZPO), die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten sind, reicht das *Zeugnisverweigerungsrecht der Bankiers* vor Gericht weniger weit als jenes der Anwältinnen, Ärzte und

Seelsorger mit ihrem Personal<sup>16</sup>. Während Letztere die Aussage verweigern können und müssen, soweit sie weder anzeigepflichtig noch vom Geheimniss herrn oder der Aufsichtsbehörde entbunden worden sind<sup>17</sup>, gilt dies beim Bankkündengeheimnis nur, wenn «das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt» und – im Strafprozess –

*André Béguin/Paolo Bernasconi/Johanna Graziano-von Burg/Renate Schwob/Raphaël Treuillaud*, Le secret bancaire suisse, 3. A., Bern 1995; *Paolo Bernasconi*, Banken zwischen internationaler Amts- und Rechts-hilfe, in: Peter Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Bern 2010, 249–268; *Beat Kleiner/Renate Schwob/Christoph Winzeler*, Art. 47 BankG, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1976 ff. (Lfg. 2009); *Thomas Müller*, Das Geheimnis um das Bankkündengeheimnis, in: www.jusletter.ch, 3. Mai 2010; *Peter Nobel*, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. A., Bern 2010, 1120–1163; *Rappo* (Fn. 5); *Christof Steger-Bruhlin*, Das Bankgeheimnis zwischen Individual- und Gemeininteressen, in: Patrick Sutter (Hrsg.), Selbstbestimmung und Recht, FG Rainer J. Schweizer, Basel/Genf/Zürich 2003, 187–204; *Günter Stratenwerth*, Art. 47 BankG, in: BSK BankG, Basel/Genf/München 2005; *Hanspeter Thür*, Die Privatheit als Prinzip ist unantastbar (Interview mit Florian Rittmeyer), in: Schweizer Monatshefte 90 (210), Heft 976 31–36; *Rolf H. Weber*, Le secret bancaire face à l'Administration fiscale en droit suisse, in: Revue Lamy 49 (2010) 76–80; *Christoph Winzeler*, Die Zukunft des Bankkündengeheimnisses, in: www.jusletter.ch, 11. März 2002; *Ders.*, Das schweizerische Bankkündengeheimnis in der Vermögensverwaltung, in: Jahrbuch Vermögensverwaltung 11 (2003), Frankfurt a.M. 2003, 29–43.

<sup>7</sup> «Banken» hier synonym für Banken (Art. 2a BankV) und Effektenhändler (Art. 2 Bst. d BEHG).

<sup>8</sup> Art. 13 BV.

die Verfahrensleitung dem zustimmt<sup>18</sup>. Es braucht somit eine fallweise Güterabwägung<sup>19</sup>. Im Ergebnis entspricht das einer Politik auch der Banken, die seit Jahrzehnten erklärt, das Bankkündengeheimnis gelte nicht absolut<sup>20</sup>.

Neu geregelt ist die *Überwachung von Bankbeziehungen* zur Aufklärung von Verbrechen und Vergehen<sup>21</sup>. Sie besteht – im Gegensatz zur herkömmlichen Zeugnispflicht – für eine gewisse Dauer und betrifft deshalb auch künftig anfallende Informationen und

<sup>9</sup> BVGE vom 5. Januar 2010 (B-1092/2009), Erw. 4.1 (a.A., freilich ohne Begründung, noch BGE 125 II 83, Erw. 5). *Kleiner/Schwob/Winzeler* (Fn. 6) Art. 47 BankG N. 3; *René Rhinow/Markus Schefer*, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, 608; *Steger-Bruhlin* (Fn. 6) 188–189 und 195–197.

<sup>10</sup> Art. 36 BV. Beispiel eines Verfassungsverweigerungsrechts: Art. 94 Abs. 4 BV.

<sup>11</sup> Volksinitiative «Verteidigen wir die Schweiz! Das Bankgeheimnis muss in die Bundesverfassung», in: BBI 2009 2127–2128.

<sup>12</sup> Art. 139 BV.

<sup>13</sup> Art. 30 Abs. 3 BV. Ebenso: Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II.

<sup>14</sup> BGE 113 Ia 309, Erw. 4.c.

<sup>15</sup> Art. 30 Abs. 3 BV; BGE 119 Ia 99, Erw. 2.a.

<sup>16</sup> Art. 321 StGB.

<sup>17</sup> Art. 171 StPO; Art. 163 Abs. 1 Bst. b ZPO.

<sup>18</sup> Art. 173 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 163 Abs. 2 ZPO.

<sup>19</sup> Für *Niklaus Schmid*, Art. 173 StPO N. 1, in: *Ders.*, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, St. Gallen/Zürich 2009, ein Zeugnisverweigerungsrecht «dritter Klasse». Zur Güterabwägung: *Stefan Heimgartner*, Strafprozessuale Zugriffe auf Bankunterlagen de lege lata und de lege ferenda, in: *Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers* (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsrecht, Basel/Genf/Zürich 2009, 237–238.

<sup>20</sup> Statt vieler: *SBVg*, Jahresbericht 2000/2001, 8–11.

<sup>21</sup> Art. 284–285 StPO. Dazu: *Heimgartner* (Fn. 19) 255–258.

Dokumente. Die Überwachung setzt eine Anordnung des Zwangsmassnahmengerichts voraus (im Gegensatz zur Post- und Telefonüberwachung, s. unmittelbar hinten). Auch hat die Bank Anspruch auf «schriftliche Weisungen», in denen festgehalten ist, – «welche Informationen und Dokumente zu liefern» seien einerseits<sup>22</sup>,

– «welche Geheimhaltungsmassnahmen zu treffen» seien andererseits<sup>23</sup>.

Nach Abschluss der Überwachung werden die Betroffenen von der Staatsanwaltschaft orientiert und können Beschwerde führen<sup>24</sup>. Eine Beschränkung der Dauer ist möglich, aber vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Endlich kann die Bank Informationen und Dokumente zurückbehalten, deren Herausgabe sie selber straf- oder zivilrechtlich belastete, beim zivilen Haftungsrisiko allerdings nur, wenn ihr Schutzinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt<sup>25</sup>.

Von der Überwachung der Bankbeziehung einer Person zu unterscheiden ist die *Überwachung des Post- und Telefonverkehrs*<sup>26</sup>. Sie ist nur bei schweren Verbrechen und Vergehen zulässig<sup>27</sup>. Hier darf die Überwachung beginnen, bevor eine richterliche Genehmigung vorliegt. «Informationen, die mit dem Gegenstand der Ermittlungen und dem Grund, aus dem [die betroffene Person] überwacht wird, nicht in Zusammenhang stehen, [sind] unter der Leitung eines Gerichtes auszusondern. Dabei dürfen der Strafverfolgungsbehörde keine Berufsgeheimnisse zur Kenntnis gelangen»<sup>28</sup>. Folglich sind Kundeninformationen einer Bank im Rahmen der allgemeinen Überwachung des Post- und Telefonverkehrs besser geschützt als bei der besonderen, gezielten Überwachung einer Bankbeziehung. Die Bank selber darf nur überwacht werden, wenn sie entweder beschuldigt ist<sup>29</sup> oder «aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss», dass die beschuldigte Person ihren Post- und Telefonverkehr benützt<sup>30</sup>.

Ist die Bank *nicht nur Dritte im Verfahren (z.B. Auskunftsperson), sondern beschuldigt oder verdächtig*, erhöhen sich Publizitätswirkung und

Reputationsschaden auch für den Kunden (erst recht, wenn er selber nicht im Ziel des Verfahrens steht). Dann wäre auf die verfahrensrechtlichen Mittel des Persönlichkeitsschutzes zurückzugreifen. So erlaubt das Gesetz den teilweisen Ausschluss der Öffentlichkeit<sup>31</sup>. Hierüber ist im Strafverfahren von Amtes wegen<sup>32</sup>, im Zivilverfahren wohl nur auf Antrag zu entscheiden. Der Strafrichter kann die Verfahrensleitung den Beteiligten zudem eine befristete Geheimhaltungspflicht auferlegen<sup>33</sup>. Schliesslich darf bei überwiegendem Schutzinteresse die Akteneinsicht auch gegenüber den Parteien des Verfahrens beschränkt werden<sup>34</sup>.

Der Strafprozess gilt – nota bene – seit je auch Delikten wie *Geldwäscherei*<sup>35</sup> oder *Steuer- und Abgabebetrug*<sup>36</sup>. Nun will die FATF Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei behandelt sehen<sup>37</sup>. Für die Schweiz dürfte dies an den strafprozessualen Auskunftspflichten der Bank wenig, an den geldwäschereirelevanten Meldepflichten jedoch umso mehr ändern. Zwar wird das Repertoire der offenzulegenden Sachverhalte wohl dasselbe bleiben. Die Informationen werden aber häufiger und nicht mehr nur auf Anfrage fließen.

#### 4. Auskunft in steuerlichen Angelegenheiten

##### a. Bisheriges und Grundsätzliches

Die Schweiz traut als Staat dem Einzelnen Vieles zu, namentlich dem Steuerpflichtigen, seine Steuerdeklaration selber auszufüllen. Sie will damit nicht ein Hort für Schwarzgeld sein, vielmehr – so Werner Kägi – eine «freie Gemeinschaft freier Menschen»<sup>38</sup>. Entsprechend ist das Bank-

<sup>22</sup> Art. 285 Abs. 1 Bst. a StPO.

<sup>23</sup> Art. 285 Abs. 1 Bst. b StPO.

<sup>24</sup> Art. 285 Abs. 3 mit Verweis auf Art. 279 StPO.

<sup>25</sup> Art. 285 Abs. 2 StPO.

<sup>26</sup> Art. 269–279 StPO. Vgl. das BG vom 6. Oktober 2000 betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), aus dem die Bestimmungen teilweise übernommen wurden. Dazu: *Emanuel Jaggi*, Geheime Überwachungsmassnahmen, in: ZBJV 147 (2011) 3–15.

<sup>27</sup> Abschliessend aufgezählt in Art. 269 Abs. 2 StPO.

<sup>28</sup> Art. 271 Abs. 1 i.V.m. 170–173 StPO einschliesslich Art. 173 Abs. 2, der das Bankkündengeheimnis mit umfasst.

<sup>29</sup> Art. 270 Bst. a StPO.

<sup>30</sup> Art. 270 Bst. b StPO.

<sup>31</sup> Art. 70 Abs. 1 Bst. a StPO; Art. 54 Abs. 3 ZPO.

<sup>32</sup> *Schmid* (Fn. 19) Art. 70 StPO N. 4.

<sup>33</sup> Art. 73 Abs. 2 StPO.

<sup>34</sup> Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO; Art. 53 Abs. 2 ZPO.

<sup>35</sup> Art. 305<sup>bis</sup> StGB.

<sup>36</sup> Art. 186 DBG; Art. 59 StHG; Art. 14 Abs. 2 VStrR.

<sup>37</sup> *Financial Action Task Force (FATF)*, Consultation Paper: The Review of the Standards – Preparation for the 4<sup>th</sup> Round of Mutual Evaluations, Paris 2010, 10–11.

<sup>38</sup> Statt vieler: *Werner Kägi*, Persönliche Freiheit, Demokratie und Föderalismus, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, FG Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 53–73, insb. 73. Weiter dazu: *Kurt Eichenberger*, Freiheit als Verfassungsprinzip: Der Staat des Masses, in: Ders., *Der Staat der Gegenwart*, Basel/Frankfurt a.M. 1980, 165–177.

kundengeheimnis ein auf die Verfassung zurückgehender Datenschutz für die Bankkunden (s. vorn 2). Mit der Ablehnung der SP-Bankeninitiative durch das Schweizer Volk am 20. Mai 1984 hat sich das bestätigt (73% Neinstimmen).

Das Steuern zahlen ist natürlich auch in der Schweiz nicht freiwillig. Seit je war schon die einfache Steuerhinterziehung strafbar, wenngleich nur als Übertretung, nicht als Vergehen (deshalb nicht amts- und rechts-hilfefähig). Die Hinterziehungsbussen gehen bei den Einkommens- und Vermögenssteuern bis zum Dreifachen des hinterzogenen Betrags<sup>39</sup>. Steuerhinterzieher kommen durchaus zur Kasse, obschon ihre Bank – als Folge des Bankkundengeheimnisses – keine Informationen direkt an die Steuerverwaltung weitergeben darf (vorbehaltlich der genau umschriebenen Amtshilfe- und Strafverfahren im Betrugsfall). Auch muss, wer seine Steuern hinterzieht, die Quellen- oder «Verrechnungssteuer» von 35% auf Zinsen und Dividenden schweizerischer Schuldner abschreiben<sup>40</sup>. Hinzu kommt – als Teil der Bilateralen II – das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU<sup>41</sup>.

Schliesslich kann und darf Steuerhinterziehung keine Dienstleistung der Schweizer Banken sein<sup>42</sup>. Die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken (VSB 08) hält mit dem «Verbot der aktiven Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen» fest<sup>43</sup>:

«Die Banken leisten Täuschungsmanövern ihrer Vertragspartner gegenüber Steuerbehörden weder durch unvollständige noch auf andere Weise irreführende Bescheinigungen Vorschub.»

Diese Formulierung stellt zweierlei klar und weist über sich hinaus, auf etwas Drittes:

– *Verantwortung der Kundinnen und Kunden für die Erfüllung ihrer Steuerpflicht.*

Die Bank ist weder verantwortlich dafür, dass ihre Kunden die Steuererklärung richtig ausfüllen, noch leistet sie Hilfsdienste für die Steuerverwaltung (abgesehen von der Erhebung der Verrechnungs- und EU-Zinssteuer). Es obliegt den Steuerpflichtigen selber, auch wenn sie Kundinnen und Kunden einer Bank sind, ihre steuerlichen Pflichten zu erfüllen. Die Banken geben deshalb ihre für die Steuerverwaltung bestimmten Auszüge immer den Kunden zur Weitergabe an die Verwaltung und niemals dieser selbst.

– *Keine unvollständigen oder irreführenden Bescheinigungen der Bank.*

Die Erläuterungen zur VSB konkretisieren den Grundsatz durch exemplarische Fälle, wobei es immer um die Falsifikation von Bescheinigungen geht<sup>44</sup>, was sich relativ leicht beweisen lässt. Unerwähnt bleibt die verbale Anleitung der Kundinnen und Kunden zur Steuerdefraudation. Aber auch hier gibt es Arbeitsteilungen: Selbstregulierung kann, auf sich allein gestellt, nie alles leisten; sie braucht als Rahmen und Vorgabe immer auch das Gesetz. Das führt zur

– *gesetzlichen Verantwortung der Bank für ihre Tätigkeit.*

Es ist strafbar, jemanden vorsätzlich zur Steuerhinterziehung anzustiften oder dabei zu unterstützen<sup>45</sup>, freilich auch wieder nur als Übertretung. Bei Steuerbetrug – einem Vergehen – werden Anstiftung und Gehilfenschaft gemäss Allgemeinem Teil des Strafgesetzbuchs behandelt<sup>46</sup>. Der Kürze halber sei der Begriff Steuerbetrug<sup>47</sup> i.w.S. verwendet, unter Einschluss

des verwaltungsstrafrechtlichen Abgabebetrugs, wie er sich im Recht der indirekten Bundessteuern und der internationalen Rechtshilfe ausgeprägt hat<sup>48</sup>. Solches und ähnliches Verhalten, von einer Bank systematisch betrieben, kann zugleich den aufsichtsrechtlichen Gewährartikel verletzen. In ihm steht, dass «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen» – wie auch die Bank selber – «einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten» müssen<sup>49</sup>. Schliesslich ist eine Bank, wenn gegen ihren Kunden ein Strafverfahren wegen Steuerbe-

<sup>39</sup> Art. 175 Abs. 2 DBG; Art. 56 Abs. 1 StHG.

<sup>40</sup> BG vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer.

<sup>41</sup> Erste drei Jahre seit Anwendbarkeit bzw. 2005 15 %, zweite drei Jahre 20 %, danach 35 % auf Zinszahlungen an Gläubiger in EU-Staaten, wobei die schweizerische Verrechnungssteuer beim inländischen Schuldner, die EU-Zinssteuer bei der inländischen Bank einbehalten und abgeführt wird.

<sup>42</sup> Christoph Winzeler, Podiumsgespräch AZEK-Diplomfeier, Lausanne, 8. Juni 2000, These 2, in: Ders. (Fn. 1) 161.

<sup>43</sup> Art. 8 VSB 08.

<sup>44</sup> Rz. 53–56 VSB 08.

<sup>45</sup> Art. 177 DBG; Art. 56 Abs. 3 StHG; Art. 5 VStrR.

<sup>46</sup> Art. 333 i.V.m. 24–26 StGB; ebenso Art. 2 VStrR.

<sup>47</sup> Art. 186 DBG; Art. 59 StHG.

<sup>48</sup> Art. 14 Abs. 2 VStrR; Art. 3 Abs. 3 IRSG; Art. 24 IRStV.

<sup>49</sup> Beat Kleiner/Renate Schwob, Art. 3 BankG N. 163–247, in: Bodmer/Kleiner/Lutz (Fn. 6) (Lfg. 2005, mit kritischer Beurteilung der Praxis); Christoph Winzeler, Art. 3 BankG N. 16 und 25 m.w.H., in: BSK BankG, Basel/Genf/München 2005.

trugs läuft, seit je auskunftspflichtig<sup>50</sup>.

## b. Entwicklungen 2009

Manches im Jahr 2009 war für die Entwicklung des schweizerischen

Bankkündengeheimnisses weichenstellend<sup>51</sup>. Folgende *Schlüsselergebnisse* verdienen Erwähnung:

– *Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009 über die UBS AG.*

Kunden und Mitarbeitende der Bank hatten in den USA Delikte begangen, wie sie im DBA von 1996 umschrieben sind: nicht nur einfache Steuerhinterziehung, sondern amtshilfefähigen Steuerbetrug<sup>52</sup>. Weil den US-Behörden das Schweizer Amtshilfeverfahren zu lang dauerte, waren sie nicht bereit, den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVG) über hängige Beschwerden betroffener Kunden abzuwarten, setzten der Schweiz eine Frist zur Lieferung der gewünschten Informationen und drohten der UBS eine Strafklage des Justizministeriums an. Dies wäre für die Bank mit einer Situation verbunden gewesen, die «ihre Liquiditätsposition und letztlich ihre Existenz» hätte gefährden können<sup>53</sup>. Ein Zusammenbruch der UBS hätte das Finanzsystem der Schweiz und seine Stabilität in Mitleidenschaft gezogen. Deshalb entschied die FINMA<sup>54</sup>, dass die Bank gewisse Kundendaten sofort und ohne Rücksicht auf das hängige Amtshilfeverfahren an die US-Behörden zu liefern habe. Dadurch wurde die Amtshilfe gemäss DBA durch eine bankenaufsichtsrechtliche Schutzmassnahme überholt. Der Fall ist notrechtlichen Charakters, ungeeignet als Präjudiz und zwangsläufig die Ausnahme, begründet durch den Sonderfall der existenziellen Bedrohung einer für schweizerische Masstäbe systemrelevanten Bank.

Mit Urteil vom 5. Januar 2010<sup>55</sup> hat jedoch das BVG die Verfügung der FINMA aufgehoben; der Fall wird

zzt. vom Bundesgericht überprüft. Das Urteil ist eine Lehre für die Zukunft, sind doch die Daten längst in den USA. Theoretisch kann dem Urteil gefolgt werden: Einerseits fehlt der angerufenen Gesetzesgrundlage wohl die nötige Bestimmtheit für einen so schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Bankkunden<sup>56</sup>; andererseits hat die FINMA keine Zuständigkeit für Notrecht, das die Verfassung dem Bundesrat und der Bundesversammlung vorbehält<sup>57</sup>. Nachdem es der Bundesrat jedoch versäumt hatte, eine Notverfügung zu erlassen, entschied sich die FINMA, das Feuer mit einer zugegeben kühnen Gesetzesauslegung zu löschen. Dies mag juristisch heikel gewesen sein, war jedoch – ex ante – in der Sache nicht so unverständlich.

Nach bisheriger Doktrin hätten es die Organe der Bank – unter Geltendmachung eines Notstandes<sup>58</sup> – auf ihr eigenes Risiko nehmen müssen, das Bankkündengeheimnis zu missachten, um Sanktionen des US-Rechts zu vermeiden<sup>59</sup>. Dieses Risiko hat ihnen die FINMA von Amtes wegen abgenommen. Grundlage hierfür war – neben den erwähnten Bestimmungen des Bankengesetzes – das öffentliche Interesse an der Stabilität des Bankensystems. Auch ging es bei den inkriminierten Vorgängen weitgehend um Tatbestände, für die steuerliche Amtshilfe zulässig war und vor denen das Bankkündengeheimnis nicht standgehalten hätte (s. vorn 4.a).

– *BVGE vom 5. März 2009, ebenfalls betr. UBS AG (A-7342/2008 und A-7426/2008).*

Nach herkömmlichem Doppelbesteuerungsrecht muss die Schweiz dem Ausland Informationen über Kundinnen und Kunden einer

<sup>50</sup> Art. 188 Abs. 2 DBG; Art. 61 StHG; bei den indirekten Bundessteuern sogar im Hinterziehungsverfahren.

<sup>51</sup> Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; ebenso Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG. Dazu, statt vieler: *Xavier Oberson*, La nouvelle politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux – «un an après», in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), *Journée 2009 de droit bancaire et financier*, Basel/Genf/Zürich 2010, 129–154; *Robert Waldburger*, Aktuelle Entwicklungen in der schweizerischen Amtshilfe im Steuerbereich, in: SZW 81 (2009) 480–503; *Ders.*, Entwicklung der schweizerischen Amtshilfepolitik in Steuer-sachen im Überblick, in: Nobel, St. Galler Bankrechtstag 2009 (Fn. 6) 229–247.

<sup>52</sup> Art. 26 Ziff. 1 DBA-USA 1996: «Tax fraud and the like». FINMA, Kurzbericht vom 18. Februar 2009 über die Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA.

<sup>53</sup> FINMA, FINMA ermöglicht den Vergleich zwischen UBS und US-Behörden und gibt das Ergebnis der eigenen Untersuchung bekannt (Medienmitteilung vom 18. Februar 2009). Dazu: *Christian Bovet/Anath Guggenheim*, Surveillance des marchés financiers: Rétrospective pour des perspectives II, in: Thévenoz/Bovet, *Journée 2009 de droit bancaire et financier* (Fn. 51) 115–124.

<sup>54</sup> Gestützt auf ihre Art. 25 und 26 BankG.

<sup>55</sup> B-1092/2009.

<sup>56</sup> Erw. 5.2–6.4.

<sup>57</sup> Erw. 8. Zuständigkeit des Bundesrats: Art. 184 Abs. 3 BV.

<sup>58</sup> Art. 17–18 StGB.

<sup>59</sup> *Günter Heine*, Die Verletzung des Bankkündengeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Cross-Border Banking*, Basel 2009, 178–179; *Kleiner/Schwob/Winzeler* (Fn. 6) Art. 47 BankG N. 326–334; *Stratenwerth* (Fn. 6) Art. 47 BankG N. 43–45.

Schweizer Bank liefern, wenn ein begründeter Anfangsverdacht auf eine Straftat besteht. Hierzu gehört nach gefestigter Praxis die Nennung der beschuldigten oder verdächtigen Person im Amtshilfegesuch. Daran hält das neue DBA mit den USA nunmehr ausdrücklich fest<sup>60</sup>. «Fishing Expeditions» bleiben ausgeschlossen und sind übrigens auch unter dem OECD-Standard verpönt<sup>61</sup>.

Nach dem Urteil des BVG war die ursprüngliche, gestützt auf das DBA von 1996 erlassene Amtshilfeverfügung der Eidgenössischen Steuerverwaltung rechtens. Das BVG kam zum Schluss, dass «es für die Gewährung der Amtshilfe nach DBA-USA nicht erforderlich [sei], im Amtshilfeverfahren konkrete Personen zu benennen, denen die fraglichen Betrugsdelikte oder dergleichen vorgeworfen werden. Denn dies zu verlangen würde bedeuten, dass im Gegensatz zur Rechtslage im innerstaatlichen Recht [...] die Wahrscheinlichkeit, dass ein Unbekannter einen Abgabebetrug begangen hat, nicht berücksichtigt würde»<sup>62</sup>. Freilich ist diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit der FINMA-Verfügung vom 18. Februar 2009 zu sehen und dürfte insoweit Ausnahme bleiben, erst recht unter dem neuen DBA. Sie betraf einen atypischen Sachverhalt und stützte sich auf das bisherige, insoweit nun revidierte DBA. Auf einem andern Blatt steht, welche Auswirkungen das Urteil nicht auf die Amtshilfe unter dem neuen DBA mit den USA, jedoch auf die Rechtshilfe in Strafsachen entfalten wird, denn schliesslich ging es darin zugleich um rechtshilfefähigen Steuerbetrug<sup>63</sup>.

– *Übernahme des OECD-Standards durch den Bundesrat am 13. März 2009 (Art. 26 Musterabkommen).*

Bisher hat die Schweiz aufgrund ihrer DBA und der Bilateralen mit der EU im Amtshilfeverfahren Informationen über Bankkunden bloss offengelegt, wenn es um Steuerbetrug, nicht jedoch um einfache Steuerhinterziehung ging (Ausnahme bei den indirekten Bundessteuern, Betrugsabkommen mit der EU). Betrug setzt hier – je nach anwendbarem Gesetz – ein Urkundendelikt oder qualifiziertes Lügengebäude voraus, derweil sich Hinterziehung in blossem Nichtstun erschöpft.

Der OECD-Standard sieht Amtshilfe auch bei Hinterziehung vor, und diesen Standard hat der Bundesrat nun als Commitment für neue DBA übernommen<sup>64</sup>. Nicht zum OECD-Standard und auch nicht zum Commitment des Bundesrates gehört der automatische Austausch von Informationen, wie er sich innerhalb der EU abzeichnet (s. vorn 1). Weiterhin soll ein Amtshilfegesuch mit Darlegung eines begründeten Anfangsverdachts und nach Möglichkeit Nennung des Beschuldigten erforderlich sein. Zu den neuen Abkommen, die Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung vorsehen, gehört insbesondere jenes mit den USA<sup>65</sup>, voraussichtlich auch jene mit Deutschland und Grossbritannien.

Landesintern will der Bundesrat freilich beim Status quo bleiben: Kantonalen Steuerbehörden soll eine Bank wie bisher nur bei Steuerbetrug, nicht jedoch bei Steuerhinterziehung eines Kunden Auskunft geben müssen<sup>66</sup>.

– *Abkommen der Schweiz mit den USA vom 19. August 2009 über ein*

*Amtshilfegesuch des IRS betr. UBS AG.*

Zur Besonderheit des UBS-Falls gehört, dass die entgleiste Amtshilfe 2009 durch ein Abkommen beider Regierungen wieder aufgegleist wurde und die USA gestützt darauf ein neues Amtshilfegesuch an die Schweiz richteten. Für dieses, nach dem alten DBA von 1996 durchgeführte Verfahren wäre der BVGE vom 5. März 2009 durchaus noch einschlägig gewesen. Mit einem weiteren Urteil vom 21. Januar 2010 bescheinigte jedoch das BVG dem Abkommen Rechtswidrigkeit (s. hinten 4.c).

Wie schon die Verfügung der FINMA vom 18. Februar 2009, legitimiert sich das Abkommen mit den USA nicht als «Rettungsaktion» für

<sup>60</sup> § 4 des Änderungsprotokolls bzw. § 10 Bst. a Ziff. i des geänderten Zusatzprotokolls.

<sup>61</sup> *OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version, Paris 2008, 349 (Kommentar zu Art. 26 Musterabkommen).*

<sup>62</sup> Erw. 4.5.

<sup>63</sup> Art. 28 Abs. 2 Bst. d IRSG: «möglichst genaue und vollständige Angaben über die Person, gegen die sich das Strafverfahren richtet». Dazu: *Robert Zimmermann, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2. A., Bern/Brüssel 2004, 167 Fn. 462.*

<sup>64</sup> *Eidg. Finanzdepartement, Die Schweiz will den OECD-Standard bei der Amtshilfe in Steuersachen übernehmen (Medienmitteilung vom 13. März 2009).*

<sup>65</sup> Botschaft des Bundesrates vom 27. November 2009 zur Genehmigung eines Protokolls zur Änderung des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, in: BBl 2010 235–257.

<sup>66</sup> Art. 127 Abs. 2 Satz 2 DBG; Art. 43 Abs. 2 Satz 2 StHG.

<sup>67</sup> Botschaft des Bundesrats vom 14. April 2010 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betr. UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, in: BBl 2010 2973–2974.

<sup>68</sup> Art. 25 DBA-USA; BVGE vom 21. Januar 2010 (A-7789/2009), Erw. 5.5.2.

<sup>69</sup> Art. 26 DBA-USA und Ziff. 10 des Protokolls dazu.

<sup>70</sup> Erw. 6.3–6.4. Zur historischen Auslegung: *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern/München/Wien 2009, 116–146, der das historische Element bei Verträgen höher gewichtet als bei Gesetzen (143).

<sup>71</sup> Dem BVG zustimmend: *Urs R. Behnisch*, Amtshilfe der Schweiz in Steuer(straf)sachen, insbesondere an die USA: Durcheinandertal, in: ASA 77 (2008/2009) 737–788; *Ders./Andrea Opel*, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, in: ZBJV 146 (2010) 501–509.

<sup>72</sup> Art. 186 DBG; Art. 59 StHG.

<sup>73</sup> Art. 14 VStrR.

<sup>74</sup> Wie hier: *Thomas Cottier/René Matteotti*, Rückwärtsgewandtes Bundesverwaltungsgericht, in: NZZ vom 26. Januar 2010, 21; *Dies.*, Der Grundsatzentscheid des Bundesverwaltungsgerichts zum UBS-Amtshilfeabkommen, in: www.jusletter.ch, 8. März 2010.

<sup>75</sup> Ziff. 10 Abs. 2 Satz 2.

<sup>76</sup> Art. 190 DBG.

<sup>77</sup> Art. 26 DBA-USA. Dazu: Botschaft UBS-Abkommen (Fn. 67) 2975–2976. *Thomas Cottier/René Matteotti*, Das Abkommen über ein Amtshilfegesuch zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. August 2009, in: ASA 78 (2009/2010) 385–389.

<sup>78</sup> Botschaft UBS-Abkommen (Fn. 67) 2969–2970 und 2972–2973.

<sup>79</sup> Erw. 5.7.

<sup>80</sup> Botschaft UBS-Abkommen (Fn. 67).

<sup>81</sup> BB vom 17. Juni 2010 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betr. UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, in: AS 2010 2907.

<sup>82</sup> Art. 190 BV; BVGE vom 15. Juli 2010, A-4013/2010, Erw. 2–3. Statt vieler: *Yvo Hangartner*, Art. 190 BV N. 5–9 u.a., in: SGK BV, 2. A., St. Gallen/Zürich 2008; *Rhinow/Schefer* (Fn. 9) 548–553.

die UBS, sondern als Vorkehr zur Stabilisierung des Finanzsystems<sup>67</sup>. Nur darin liegt das öffentliche Interesse an der vom Bundesrat vertretenen Politik in dieser Sache. Die Systemstabilität erhielt bei der Abwägung den Vorrang vor dem Interesse am Schutz des Bankkundengeheimnisses der Betroffenen.

### c. Entwicklungen 2010

Mit Entscheid vom 21. Januar 2010 sieht das BVG im Abkommen vom 19. August 2009 zu Recht eine *Verständigungsvereinbarung gemäss DBA*<sup>68</sup>. Für eine solche ist der Bundesrat zuständig, und sie muss im Rahmen des DBA bleiben. Dabei geht es um die Auslegung des unbestimmten Begriffs «Tax fraud and the like»<sup>69</sup>. Aufgrund der Entstehungsgeschichte des DBA und seiner bisherigen Auslegung kommt das BVG zu einem streng historischen, für die Amtshilfe restriktiven Verständnis des Begriffs<sup>70 71</sup>:

- «Tax fraud» bedeute Steuerbetrug mit gefälschten Urkunden<sup>72</sup>.
- «[T]he like» erweitere den Tatbestand nur auf Abgabebetrug<sup>73</sup>, bei dem ein Lügengebäude ausreicht, und ausländische Tatbestände gleichen Unrechtsgehalts.

Nun gibt es *neben der entstehungsgeschichtlichen auch eine geltungszeitliche Auslegungsmethode*, es gibt den Wortlaut als Bandbreite zulässiger Auslegung, und es gibt einen Wandel der Anschauungen<sup>74</sup>. Auslegung – auch Praxisänderung – ist nicht Änderung des Abkommens. Die Worte «and the like» sind offen, um Rechtsentwicklungen abzudecken, die

man bei Vertragsschluss noch nicht kannte. Sonst hätte man die Bestimmung präziser gefasst. Entsprechend heisst es im Protokoll zum DBA-USA von 1996 ausdrücklich, die vorangehende Nennung von Steuer- und Abgabebetrug sei «beispielhaft und nicht abschliessend»<sup>75</sup>.

Indem der Bundesrat mit dem UBS-Fall die bisherige Amtshilfepraxis änderte und die qualifizierte Steuerhinterziehung<sup>76</sup> einbezog, handelte er in der *Bandbreite des Abkommenswortlauts*<sup>77</sup>. Dass die Praxisänderung jedenfalls nicht willkürlich war, bestätigt inzwischen das neue DBA mit den USA von 2009, mit dem – wie erwähnt – die einfache Steuerhinterziehung amtshilfefähig wird. Auch handelte der Bundesrat im Landesinteresse, um einen Jurisdiktions- und Souveränitätskonflikt mit den USA zu entschärfen<sup>78</sup>. In solchen Konflikten, lehrt die Geschichte, muss die Schweiz Hand zum Kompromiss bieten. Das BGV hat ohne zwingenden Grund eine vertretbare Auslegung der Vorinstanz widerrufen.

Weil jedoch das Urteil, auch wenn man es als Fehlurteil ansieht, rechtskräftig ist, blieb dem Bundesrat nur der vom BVG selber aufgezeigte Weg<sup>79</sup>, das Abkommen der *Bundesversammlung nachträglich zur Genehmigung* vorzulegen. Diesen Weg hat der Bundesrat beschritten<sup>80</sup>, und am 17. Juni 2010 wurde das Abkommen genehmigt<sup>81</sup>. Damit ist der Fall gelöst, denn die Verfassung erklärt «Bundesgesetze und Völkerrecht» für die Gerichte «massgebend»<sup>82</sup> (was freilich qua Völkerrecht schon zuvor gegolten hätte).

### 5. Anfechtungen des Rechtsstaats

«Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»<sup>83</sup>; es gehört

<sup>83</sup> Art. 5 Abs. 1 BV. Für Deutschland erinnerenswert: *Konrad Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: *Ders.*, Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, 94–115, insb. 96–98 und 103–105.

zum Wesen eines Rechtsstaats, sich *Beweismittel nur auf rechtmässigem Weg* zu beschaffen<sup>84</sup>. Rechtswidrig erworbene Beweismittel gelten jedoch als verwendbar, wenn sie auch rechtmässig hätten beschafft werden können<sup>85</sup> und bei ihrer Beschaffung nicht Kerngehalte eines Grundrechts verletzt wurden<sup>86</sup>. Das Bundesgericht verlangt nur eine Abwägung<sup>87</sup>:

«Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt.»

Als Folge des Kampfes gegen die Steuerhinterziehung sind verschiedene Staaten dazu übergegangen, «gestohlene» oder «veruntreute» Bankkundendaten dem Täter abzukaufen. Die Amtshilfeverordnung zu den neuen DBA hält dazu fest<sup>88</sup>:

«Das Ersuchen [um Amtshilfe] wird abgelehnt, wenn [...] es auf Informationen beruht, die durch nach schweizerischem Recht strafbare Handlungen beschafft oder weitergeleitet worden sind.»

Ein Rechtsstaat sollte sich der *Mitwirkung an rechtswidrigen Geschäften* enthalten und entsprechende Datensätze nicht kaufen, sondern beschlagnahmen. Günter Heine vertritt die Auffassung, so erlangte Informationen seien aufgrund deutschen und schweizerischen Strafrechts wie auch Völkerrechts im Strafprozess unverwertbar<sup>89</sup>. Nur kommt es dann meist nicht zum Prozess, weil die Betroffenen ihre Steuerschuld «freiwillig» begleichen.

## 6. Blick in die Zukunft

Schon 2000 vertrat der frühere Schweizer Staatssekretär Franz Blankart – mittlerweile Bankier – in einem Vortrag die Meinung, es gebe «bei uns verschiedene Banquiers, die nur noch

deklarierte Vermögen entgegennehmen, eine Politik, die mittel- und langfristig nicht unklug sein dürfte ...»<sup>90</sup>. In der Tat stufen Banken heute das Rechtsrisiko im Ausland höher ein und passen ihre Geschäftsmodelle an<sup>91</sup>. Entsprechend hat der Bundesrat 2009 eine *neue Finanzmarktpolitik der Schweiz* veröffentlicht<sup>92</sup>. Auch die darauf abgestimmte Finanzplatzstrategie 2015 der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) nennt an erster Stelle die «Konzentration auf versteuerte Vermögen»<sup>93</sup>.

– So verhandelt die Schweiz mit Partnerstaaten – insbesondere zzt. Deutschland und Grossbritannien – über neue Abkommen, wobei sie nicht nur den OECD-Standard, sondern überdies eine Abgeltungssteuer anbietet<sup>94</sup>. Diese würde bei den Schweizer Banken an der Quelle abgeführt; die Banken müssten dafür keine Kundendaten offenlegen; die Partnerstaaten erhielten von der Schweiz die zum Einheitssatz erhobene Steuer anonym überwiesen. Im Gegenzug dürften die Banken aus dem entsprechenden Partnerstaat nur noch deklarierte Vermögenswerte annehmen.

– Auf der anderen Seite trägt die SBVg nicht nur die Politik des Bundesrats ausdrücklich mit. Sie stellt

<sup>84</sup> Vgl. Art. 141 StPO.

<sup>85</sup> BGE 109 Ia 244; 131 I 272.

<sup>86</sup> Bundesamt für Justiz, Demandes d'assistance administrative fondées sur des données volées, Avis de droit du 23 février 2010, in: VPB vom 3. August 2010, 80–86. Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 1002–1006 m.w.H.; Schmid (Fn. 19) Art. 141 StPO m.w.H.; Ders., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, St. Gallen/Zürich 2009, 328–336 m.w.H.

<sup>87</sup> BGE 131 I 272, Erw. 4.1.2.

<sup>88</sup> Art. 5 Abs. 2 Bst. c VO über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV) vom 1. September 2010; Eidg. Steuerverwaltung (ESTV), Verordnung über die Amtshilfe nach Doppelbesteuerungsabkommen (ADV), Erläuternder Bericht vom 20. September 2010, 9.

<sup>89</sup> Heine (Fn. 59), 186–188; Ders., Der Fall Liechtenstein, insbesondere Fragen der Beweisverwertung vor völkerrechtlichem Hintergrund, auf dem Prüfstand des Strafrechts, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, FS Roland von Büren, Basel 2009, 930–939; Ders., Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten: viel Lärm um nichts? in: ASA 79 (2010/2011) 525–544. Weiter dazu: Sabine Gless, Art. 141 StPO N. 63–84, in: BSK StPO, Basel 2011. A.A. nunmehr: BVerfG, 2 BvR 2101/09 vom 9. November 2010; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schwarzgeld, in: ZStrR 128 (2010) 429–446.

<sup>90</sup> Franz Blankart, Bankkundengeheimnis und Ethik, Vortrag an der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Holding- und Finanzgesellschaften, 22. März 2000 in Zürich (unveröffentlicht), 12.

<sup>91</sup> Patrick Odier (Interview mit Markus Städeli), Wir müssen uns auf Steuerehrlichkeit fokussieren, in: NZZ am Sonntag vom 15. November 2009, 46–47.

<sup>92</sup> Strategische Stossrichtungen (Fn. 3) 54–59, 60–61 und 63. Zustimmend: SBVg, Finanzmarktpolitik des Bundes wird begrüsst (Medienmitteilung vom 16. Dezember 2009).

<sup>93</sup> SBVg, Finanzplatzstrategie (Fn. 3). Dazu: Patrick Odier (Interview mit Daniel Hug), Mehr Geld wird zu uns fliessen, in: NZZ am Sonntag vom 31. Oktober 2010, 29.

<sup>94</sup> Schweiz-Grossbritannien, Joint Declaration vom 25. Oktober 2010; Schweiz-Deutschland, Gemeinsame Erklärung vom 27. Oktober 2010. Dazu: Michael Ambühl (Interview mit Andreas Flütsch und Arthur Rutishauser), Wir haben uns mit Deutschland auf Grundsätze und Formeln geeinigt, in: Tages-Anzeiger vom 21. Oktober 2010, 35; Odier (Fn. 93); Wolfgang Schäuble, Wir werden auf Bankdatenkäufe verzichten können (Interview mit Matthias Benz), in: NZZ vom 29. Oktober 2010, 29; Hansueli Schöchli, Steuer statt Informationsaustausch, in: NZZ vom 26. Oktober 2010, 25; Ders., Geld statt Daten auch für Deutschland, in: NZZ vom 28. Oktober 2010, 27; SBVg, Jahresbericht 2009/2010, 14–17.

<sup>95</sup> SBVg, Länderinformationen im Crossborder-Geschäft, Zirkular Nr. 7669 vom 7. Oktober 2010 (im Angebot: Australien, Belgien, Brasilien, Chile, Deutschland, Frankreich, Griechenland, Hongkong, Israel, Italien, Kanada, Liechtenstein, Mexiko, Niederlande, Österreich, Portugal, Russland, Schweden, Südafrika, Taiwan, Thailand, Türkei, Vereinigte Arabische Emirate, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland, Venezuela).

<sup>96</sup> Art. 47 Abs. 1 BankG.

<sup>97</sup> Art. 36 BV.

<sup>98</sup> Art. 2 Abs. 2 ZGB.

<sup>99</sup> Hans Merz, Art. 2 ZGB N. 32, in: BK ZGB, Bd. 1/1, Bern 1966.

<sup>100</sup> BGE 131 I 185 Erw. 3.2.4. Zum Missbrauch: Thomas Gächter, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, 217–352, insb. 326–330; Yvo Hangartner, Zweckbindung der Freiheitsrechte? in: Recht als Prozess und Gefüge, FS Hans Huber, Bern 1981, 377–383; Müller/Schefer (Fn. 86) 28–30; Steger-Bruhin (Fn. 6) 197–198.

auch ihren Mitgliedern sogenannte Länderinformationen zur Verfügung<sup>95</sup>.

Am *Bestand des Bankkündengeheimnisses*, das – wie eingangs erwähnt (s. vorn 1) – nicht auf den Ausnahme-, sondern auf den Regelfall des Geschäfts zugeschnitten ist, ändert sich dadurch prinzipiell wenig. Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 wurde sogar die Höchststrafe für seine Verletzung von sechs Monaten auf drei Jahre erhöht<sup>96</sup>.

Das Bankkündengeheimnis entspricht, wie zu Beginn gesagt (s. vorn 2), einem *gesetzlichen Datenschutz, der den verfassungsmässigen Privatsphärenschutz näher ausführt*. So gesehen – und wohlverstanden – wurde das Bankkündengeheimnis mit dem Entscheid der FINMA vom 18. Februar 2009 (s. vorn 4.b) weder «geopfert» noch anderswie aufgegeben. Der Fall

war nicht die Regel, sondern die Ausnahme und betraf ein rechtswidriges Verhalten, für das sich der Schutz auch eines Grundrechts nicht anrufen liesse. Das folgt aus der Beschränkbarkeit der Grundrechte durch das Gesetz<sup>97</sup> und entspricht dem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot<sup>98</sup>, denn – so Hans Merz – «[d]ie von der Privatautonomie gewährte Freiheit der Rechtsgestaltung verwirklicht zugleich ein individuelles und ein soziales Interesse»<sup>99</sup>. Dass Rechtsmissbrauch vorliegt, «wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will»<sup>100</sup>, trifft auch für das Bankkündengeheimnis zu. Der Privatsphärenschutz deckt – a fortiori – nicht den Zweck, rechtswidrig erlangte Vorteile zu wahren: Es gibt kein Grundrecht auf Steuerhinterziehung.